
Datum: 01.06.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 59/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0601.12U59.03.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 8 O 119/01

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 06. Februar 2003 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger zu Händen des Verwalters der Eigentümergemeinschaft I-Straße in S - X, X1, Sparkasse C BLZ X, Konto-Nr. X - über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus einen Vorschuss in Höhe von 49.209,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, höchstens 8,45 %, seit dem 07.06.2001 zu zahlen.

Er wird des weiteren verurteilt, an die Klägerin zu 2) zu Händen des Verwalters der Eigentümergemeinschaft I-Straße in S - X X1, Sparkasse C BLZ X, Konto-Nr. X, einen weiteren Vorschuss in Höhe von 63,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz, höchstens 8,45 %, seit dem 07.06.2001 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit wegen der Zahlung des Beklagten vom 12.05.2003 in Höhe von 9.207,-- € insoweit erledigt ist.

Außerdem wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern die weitergehenden Kosten zu erstatten, die sich aus der Beseitigung folgender Mängel im Haus I-Straße in #####2 S, ergeben:

(1) Im Trockenraum, im Waschkeller und im Keller Nr. 3 dringt Feuchtigkeit ein und hat die Kellerinnenräume in Mitleidenschaft gezogen (so u.a. Ausblühungen auf den Putzflächen im Bereich des Kellerfensters Waschküche).

(2) Es haben sich Rostschlieren auf der straßenseitigen Fassade gebildet.

(3) Ausblühungen und Putzabplatzungen in den verputzten Bereichen aller Balkone aufgrund falschen Balkenaufbaus,

(4) Starke Rostausblühungen und Farbabplatzungen an den Balkongeländern,

(5) Ausblühungen und Wasserspuren an den Putzflächen der Kragplatte des Vordaches,

(6) Hofpflasterung liegt im Bereich des Waschküchenfensters höher als die Fensterbank,

(7) Fehlender Spritzwassersockel auf der Hofseite,

...

(9) Mangelhaftes Fugenblech im Bereich der Gebäudetrennfuge,

(10) FH-Kellertür lässt sich nicht um 90 Grad öffnen, Türgriff schlägt gegen den Hausanschlusskasten,

...

(12) Fehlen von Fenstern entsprechend dem Standard 1997/98.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Kläger verlangen einen Vorschuss zur Instandsetzung der von dem Beklagten zwischen Dezember 1998 und Januar 2000 erworbenen Eigentumswohnungen in dem Objekt I-Straße in S. Der Beklagte hatte das Haus, welches 1959/60 errichtet worden war, im Jahr 1996 gekauft, in den Jahren 1997/98 saniert und in Wohnungseigentum aufgeteilt. Im Jahr 1999 baute der Beklagte das Dachgeschoss zu einer Wohnung, die er nicht veräußerte, aus.

Mit Schreiben vom 19.09.2000 rügten die Kläger zahlreiche Mängel des Objekts und forderten den Beklagten unter Fristsetzung zum 09.10.2000 zur Beseitigung auf. Unter dem 22.11.2000 lehnte der Beklagte die Mängelbeseitigung unter Hinweis auf einen in den Erwerbverträgen enthaltenen Gewährleistungsausschluss ab.

Die Kläger haben die Ansicht vertreten, wegen der umfassenden Sanierung des Altbaus hafte der Beklagte für Mängel nach werkvertraglichem Gewährleistungsrecht. Sie haben behauptet, das Objekt weise zahlreiche - im einzelnen dargestellte - Mängel auf, deren Instandsetzungskosten sich insgesamt auf 117.500,- DM beliefen.

Sie haben beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Verwalter der Eigentümergeinschaft I-Straße in S, T Immobilien, einen Vorschuss in Höhe von 112.100,- DM nebst 8,45 % Zinsen seit dem 06.06.2001 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Nach seiner Ansicht findet auf die Erwerbverträge Kaufrecht Anwendung; Gewährleistungsansprüche seien vertraglich wirksam ausgeschlossen worden.

Wegen der Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Beklagten verurteilt, an die Kläger zu 1. und 2. - zu Händen des Verwalters der Eigentümergeinschaft - einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss in Höhe von 8.042,62 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz, höchstens 8,45 %, seit dem 06.06.2001 zu zahlen. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen.

Der Beklagte sei lediglich den Klägern zu 1. und 2. wegen des Feuchtigkeitsmangels in Trockenraum und Waschküche nach Werkvertragsrecht gewährleistungspflichtig, weil deren Erwerbsverträge ausdrücklich eine entsprechende Gewährsübernahme enthielten. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. U überstiegen die Kosten zur Beseitigung dieses Mangels sogar den hierfür verlangten Betrag von 8.042,62 €.

Im Übrigen finde Kaufrecht Anwendung, da der Beklagte gegenüber den Erwerbern keine Herstellungsverpflichtung übernommen habe. Die Gewährleistung sei in den Verträgen wirksam ausgeschlossen worden.

Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

Gegen dieses Urteil haben die Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt.

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vertreten sie weiterhin die Auffassung, der Beklagte habe für die gerügten Mängel nach Werkvertragsrecht einzustehen. 15

Soweit der Sachverständige Dipl.-Ing. U für den Feuchtigkeitsmangel im Kellerbereich mit ca. 18.300,-- € einen höheren Beseitigungsaufwand als in erster Instanz eingeklagt und zuerkannt festgestellt habe, werde der Mehrbetrag hilfsweise geltend gemacht. Entsprechendes gelte für die Kosten zur Beseitigung des damit zusammen hängenden Feuchtigkeitssschadens im Keller Nr. 3, welche die Kläger mit 5.000,-- € beziffern. 16

Hilfsweise wird die Klage als Schadensersatzanspruch auf kaufrechtliche Gewährleistung, den Gesichtspunkt einer positiven Forderungsverletzung und auf Delikt gestützt. Hiervon ausdrücklich ausgenommen werden die behaupteten Begleitschäden des Dachgeschossausbaus in der Wohnung Nr. 6. 17

Die Kläger haben in der Berufung zunächst ihr erstinstanzliches Zahlungsbegehren in vollem Umfang weiterverfolgt. Nachdem der Beklagte auf die landgerichtliche Verurteilung am 12.05.2003 einen Betrag von 9.207,-- € gezahlt hat, haben die Kläger den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt; der Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen. 18

Die Kläger haben außerdem mit Schriftsatz vom 12.01.2005 ihre Klage um die Feststellung, dass der Beklagte zur Erstattung der über den bezifferten Betrag hinaus gehenden Kosten zur Beseitigung der streitgegenständlichen Mängel verpflichtet ist, erweitert. 19

Die Kläger beantragen nunmehr sinngemäß, 20

1. teilweise abändernd 21

a) den Beklagten zu verurteilen, an den Verwalter der Eigentümergeinschaft I-Straße in 22 T Immobilien, X, #####1 C, Sparkasse C, BLZ X, Konto-Nr. X, - über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus - einen Vorschuss, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 49.273,20 € nebst Zinsen in Höhe von 8,45 % seit dem 06.06.2001 zu zahlen;

b) festzustellen, dass der Rechtsstreit wegen der Zahlung des Beklagten vom 12.05.2003 in 23 Höhe von 9.207,-- € insoweit erledigt ist;

2. festzustellen, 24

dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern weitergehende Kosten zu erstatten, die sich 25 aus der Beseitigung folgender Mängel im Haus I-Straße in #####2 S, ergeben:

(1) Im Trockenraum, im Waschkeller und im Keller Nr. 3 dringt Feuchtigkeit ein und ha 26 auch die Kellerinnenräume in Mitleidenschaft gezogen.

(2) Es haben sich Rostschlieren auf der straßenseitigen Fassade gebildet. 27

(3) Ausblühungen und Putzabplatzungen in den verputzten Bereichen aller Balkone auf 28 grund falschen Balkonaufbaus,

(4) Starke Rostausblühungen und Farbabplatzungen an den Balkongeländern, 29

(5) Ausblühungen und Wasserspuren an den Putzflächen der Kragplatten des Vordach	33
(6) Hopfplasterung liegt im Bereich des Waschküchenfensters höher als die Fensterbank	34
(7) Fehlender Spritzwassersockel rund um das Haus,	32
(8) Risse in sämtlichen Außenfensterbänken,	33
(9) Mangelhaftes Fugenblech im Bereich der Gebäudetrennfugen,	34
(10) FH-Kellertür lässt sich nicht um 90 Grad öffnen, Türgriff schlägt gegen den Hausanschlusskasten,	35
(11) Ausblühungen auf allen Putzflächen im Bereich des Kellerfensters Waschküche,	36
(12) Fehlen von Fenstern entsprechend dem Standard 1997/98.	37
Der Beklagte beantragt,	38
die Berufung zurückzuweisen	39
und	40
die Klage hinsichtlich des Feststellungsantrags zu Ziff. 2. abzuweisen.	41
Er verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe zutreffend die Erwerbsverträge nach Kaufrecht beurteilt, da die Sanierungsarbeiten zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen gewesen seien. Wegen des in den Erwerbverträgen enthaltenen Gewährleistungsausschlusses habe er für die Mängel nicht einzustehen.	42
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	43
Der Senat hat die Akte des selbständigen Beweisverfahrens 8 OH 19/03 LG C zu Beweiszwecken beigezogen. Es ist außerdem aufgrund Beweisbeschlüssen vom 13.08.2003 und vom 25.06.2004 Beweis erhoben worden durch Einholung zweier weiterer schriftlicher Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. U vom 11.02.2004 und 26.11.2004. Im Verhandlungstermin am 13.04.2005 ist der Sachverständige ergänzend angehört worden; auf das Verhandlungsprotokoll vom 13.04.2005 sowie den Berichterstattevermerk vom selben Tag (Bl. 482ff. d. A.) wird Bezug genommen.	44
II.	45
Für das Berufungsverfahren gelten die ab 01.01.2002 gültigen Vorschriften der ZPO (§ 26 Nr. 5 EGZPO).	46
1. Die Berufung der Kläger hat überwiegend Erfolg.	47
a) Die Prozessführungsbefugnis der klagenden Wohnungseigentümer gemäß §§ 51, 56 ZPO ist zu bejahen, soweit mit der Klage ein Vorschuss zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum des Hauses I-Straße verlangt wird. Der werkvertragliche Vorschussanspruch, der sich nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. ergibt, kann hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums von jedem Mitglied einer Wohnungseigentumsgemeinschaft selbständig geltend gemacht werden (BGHZ 100, 391,	48

393; NJW 1985, 1551ff.), also auch von mehreren Miteigentümern gemeinsam. Es begegnet hier auch keinen Bedenken, dass Zahlung an den Verwalter verlangt wird, da dieser nach § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG zur Verwaltung der gemeinschaftlichen Gelder berechtigt und verpflichtet ist (vgl. BGH BauR 1992, 88).

Entsprechendes gilt, soweit Mängel an dem Gemeinschaftseigentum und dem Sondereigentum einzelner Kläger ineinander greifen. Ein schützenswertes Interesse an der gemeinsamen Geltendmachung des Vorschussanspruchs ist nicht von der Hand zu weisen, wenn die Beseitigung der Mängel an Gemeinschafts- und Sondereigentum zusammen hängt und sich die Vorschusskosten daher nicht sinnvoll trennen lassen. 49

Dies betrifft die von den Klägern beanstandete klemmende Balkontür und die am Balkon eindringende Feuchtigkeit in der Wohnung Nr. 4 (Ziff. 19 der Klageschrift), die feuchte Schlafzimerdecke und die undichte Balkontür in der Wohnung Nr. 5 (Ziff. 20 der Klageschrift) sowie den Diagonalriss in der Giebelwand, die undichte Balkontür und die feuchte Küchendecke in der Wohnung Nr. 6 (Ziff. 21 der Klageschrift.). 50

Soweit ausschließlich das Sondereigentum betroffen ist, ist jedoch nur der jeweils betroffene Wohnungseigentümer zur gerichtlichen Geltendmachung des Vorschussanspruchs befugt. Insoweit fehlt ein rechtliches Interesse der übrigen Wohnungseigentümer an der Anspruchsdurchsetzung. 51

So ist allein der Kläger zu 1) prozessführungsbefugt, soweit für die Instandsetzung der Schlafzimmertrennwand und der Küchentür in der Wohnung Nr. 4 (Ziff. 19 der Klageschrift) Vorschüsse von 500,-- DM und 100,-- DM verlangt werden. Entsprechendes gilt für die Klägerin zu 2), soweit ein Mangel der Schlafzimmertrennwand in der Wohnung Nr. 6 (Ziff. 21 der Klageschrift) mit einem Beseitigungsbetrag von 455,-- DM geltend gemacht wird. Insoweit ist die Vorschussklage der anderen Wohnungseigentümer bereits unzulässig. 52

b) Soweit zulässig, hat die Klage im Wesentlichen Erfolg. 53

Auf die Vertragsverhältnisse findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung. 54

Die Kläger können von dem Beklagten gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. einen Vorschuss zur Beseitigung der an dem Haus I-Straße in S festgestellten Mängel verlangen. 55

Die Gewährleistungsverpflichtung des Beklagten beurteilt sich nach Werkvertragsrecht. 56

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt ein nach den §§ 631ff. BGB zu beurteilender Erwerbsvertrag auch dann vor, wenn ein Altbau in Eigentumswohnungen umgewandelt wird und mit dem "Verkauf" der Wohnungen eine Herstellungsverpflichtung des Veräußerers verbunden ist (BGHZ 100, 391, 396f.; BGH NJW 1988, 1042; BGHZ 108, 164, 167). Dies gilt aber auch dann, wenn im Zeitpunkt des Wohnungserwerbs die Sanierung des Altbaus bereits abgeschlossen ist. Maßgeblich ist allein, ob der Veräußerer Leistungen erbringt, die bei Neuerrichtung "Arbeiten am Bauwerk" wären und nach Umfang und Bedeutung mit solchen Neubauarbeiten vergleichbar sind (BGH NJW 1988, 1972; vgl. auch BGH NJW 1989, 2534, 2535). Auch bei einer neu errichteten Eigentumswohnung findet Werkvertragsrecht Anwendung, wenn die Wohnung zur Zeit der Veräußerung bereits fertiggestellt war (BGH BauR 1985, 314, 315). 57

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der Beklagte hat vor der Begründung des Wohnungseigentums und zeitnah vor der Veräußerung der Eigentumswohnungen den Altbau umfassend saniert. So wurden u.a. die Heizungsanlage und die Wasserleitungen erneuert, die Türen nebst Zargen ausgetauscht, neue Bäder eingebaut, die Fassade durch Verschließen vorhandener Fensteröffnungen und Einsetzen neuer Fenster verändert. Diese Tätigkeiten, die über eine bloße Renovierung wie z.B. durch Maler- und Bodenbelagsarbeiten hinausgehen, sind im Umfang der Neuerrichtung von Wohnungen vergleichbar.

Danach ist der Beklagte für die Beschaffenheit der Wohnungen nach Werkvertragsrecht 59
gewährleistungspflichtig, und zwar nicht nur hinsichtlich der sanierten Gebäudeteile, sondern auch im Hinblick auf die unverändert gebliebene Altbausubstanz.

Der in den Erwerbsverträgen enthaltene Gewährleistungsausschluss, nach der das 60
Wohnungseigentum ohne Übernahme einer Gewähr für Güte und Beschaffenheit verkauft werde, ist unwirksam.

Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei dieser in sämtlichen Verträgen enthaltenen, 61
gleichlautenden Regelung um eine von dem Beklagten gestellte Allgemeine Vertragsbedingung handelt.

Bejahendenfalls ergäbe sich die Unwirksamkeit der Klausel aus §§ 11 Nr. 10a, 24a Nr. 1 62
AGBG a.F. Danach ist eine Bestimmung in Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen, mit der die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt ausgeschlossen werden, unwirksam.

Wegen der der Veräußerung zeitnah vorangegangenen Umwandlung des Hauses in 63
Wohnungseigentum und des bereits dargestellten Umfangs der Sanierungsarbeiten sind die Erwerbsverträge der Parteien wie Verträge über die Lieferung neu hergestellter Sachen anzusehen.

Es ist auch nicht zweifelhaft, dass die Klausel als von dem Beklagten gestellt anzusehen 64
wäre. Dies ergibt sich zumindest aus § 24a Nr. 1 AGBG a.F., da der Beklagte insoweit als Unternehmer anzusehen ist. Dass die Veräußerung der Wohnungen als gewerbliche Tätigkeit einzuordnen ist, ergibt sich daraus, dass eine Vielzahl von Wohnungen veräußert worden ist, nachdem das Objekt erst kurze Zeit zuvor erworben worden war (vgl. BFH NJW 1996, 2182, 2183).

Handelte es sich bei dem Gewährleistungsausschluss nicht um eine dem AGBG 65
unterliegende Vertragsklausel, ergäbe sich die Unwirksamkeit aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des BGH ist ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Eigentumswohnungen auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Folgen eingehend erörtert worden ist (BGH NJW 88, 1972). Dass die Erwerber hier ausreichend über die Rechtsfolgen des formelhaften Gewährleistungsausschlusses belehrt worden sind, lässt sich nicht feststellen. Hierzu genügt nicht der in den Verträgen enthaltene allgemeine Hinweis, dass der Notar die Vertragsschließenden über Inhalt und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses informiert hat. Gegen eine korrekte Belehrung über die Haftungsfreizeichnung spricht schon, dass die Verträge von dem Notar fälschlicherweise als Kaufverträge bezeichnet worden sind.

Den Klägern steht aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. zur Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum - über den erstinstanzlich den Klägern zu 1) und 2.) zuerkannten Betrag von 8.042,62 € hinaus - ein Vorschussanspruch in Höhe von insgesamt 40.209,40 € zu; der Klägerin zu 2) darüber hinaus ein Vorschussanspruch in Höhe von 63,80 €.

Der Beklagte befindet sich mit der Beseitigung der Mängel, soweit vorhanden, in Verzug, nachdem die Kläger ihn mit Schreiben vom 19.09.2000 vergeblich zur Behebung aufgefordert haben. 67

Der Senat hat, über den Umfang der landgerichtlichen Beweisaufnahme hinaus, zu sämtlichen behaupteten Mängeln und zu der streitigen Höhe der voraussichtlichen Beseitigungskosten Beweis erhoben. Die daraufhin getroffenen Feststellungen stützen sich im Wesentlichen auf die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. U, denen sich der Senat nach eigener Prüfung angeschlossen hat. Für die einzelnen Mängel gilt danach Folgendes (Die Chiffrierung entspricht der Klageschrift): 68

Ziff. 1 Rostschlieren auf dem Außenputz 69

Vorschussverlangen i.H.v. 15.000,-- DM = 7.669,38 € 70

Der behauptete Mangel ist vorhanden, wie der Sachverständige bestätigt hat. Zur Beseitigung der Rostschlieren durch Entfernung der rostenden Metalleinschlüsse und Erneuerung des Erdgeschossanstrichs ist voraussichtlich ein Betrag von 1.920,-- € zzgl. 10 % Regiekosten und 16 % MWSt, insgesamt also **2.449,92 €** aufzuwenden. Soweit die Kläger insoweit gegen die Kostenermittlung des Sachverständigen einwenden, es sei ein Anstrich der ganzen Fassade nötig, folgt der Senat dem nicht. Nach den überzeugenden Ausführungen des Dipl.-Ing. U sind die schadhaften Stellen auf den Erdgeschossbereich beschränkt; da dieser infolge der Fensteränderungen ohnehin eine andere Putzstruktur als die übrige Fassade aufweist, ist ein Neuanstrich der gesamten Fassade nicht erforderlich. 71

Ziff. 2 Risse in Fensterlaibungen 72

Vorschussverlangen i.H.v. 6.000,-- DM = 3.067,75 € 73

Die vorhandenen feinen Risse stellen keinen Mangel i.S. des § 633 Abs. 1 BGB dar. Sie sind auf Schwindverformungen beim Abbindeprozesses des alten Putzes zurückzuführen und als solche von den Klägern hinzunehmen. 74

Ziff. 3 Ausblühungen und Abplatzungen im Balkonputz; fehlende Einfassung der Balkonwannen 75

Ziff. 4 Rostausblühungen und Farbabplatzungen auf dem Balkongeländer 76

Vorschussverlangen für Ziff. 3 + 4 i.H.v. 36.000,-- DM = 18.406,51 € 77

Die Ausblühungen und Putzabplatzungen sind auf einen vom Beklagten zu verantwortenden mangelhaften Aufbau der Balkone zurückzuführen. Unter dem Fliesenbelag fehlt die erforderliche Dränschicht; es fehlt eine ausreichende Abdichtung an den Wänden und den Balkonaustrittstüren sowie eine kontrollierte Entwässerung am Traufand. In Ermangelung eines ordnungsgemäßen Rostschutzes weisen die Balkongeländer die behaupteten Schadstellen auf. 78

Der Höhe nach erscheint der von den Klägern verlangte Vorschuss von 18.406,51 € angemessen, da der Sachverständige die Kosten sogar höher schätzt, nämlich auf 16.581,62 € für den Balkonaufbau und weitere 1.894,86 € für die Balkongeländer.	
<u>Ziff. 5 Ausblühungen und Wasserspuren an der Kragplatte des Vordachs</u>	80
<u>Vorschussverlangen i.H.v. 1.000,-- DM = 511,29 €</u>	81
Auch dieser Mangel ist vorhanden. Die Kläger können hierfür den verlangten Vorschuss von 511,29 € verlangen; der Sachverständige hat den voraussichtlichen Beseitigungsaufwand sogar mit 1.416,36 € ermittelt.	82
<u>Ziff. 6 fachwidrige Höhe der Hopfplasterung vor dem Fenster der Waschküche</u>	83
<u>Ziff. 7 Fehlen eines Spritzwassersockels</u>	84
<u>erstinstanzliches Vorschussverlangen für Ziff. 6, 7 und 14 i.H.v. 14.800,-- DM = 7.567,12 € sowie für Ziff. 16 i.H.v. 930,-- DM = 475,50 €</u>	85
<u>insgesamt 8.042,62 €</u>	86
(zugleich zu den Mängeln zu Ziff. 14. und 16)	87
Der von den Klägern für diese Mangelpositionen ursprünglich geltend gemachte Beseitigungsbetrag von 8.042,62 € ist nicht mehr Gegenstand des in der Berufungsinstanz geltend gemachten Zahlungsbegehrens. Den Klägern zu 1) und 2) ist ein Vorschussanspruch in dieser Höhe in erster Instanz rechtskräftig zugesprochen worden; soweit die Kläger zu 3) - 6) den Anspruch erhoben haben, haben sie den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt.	88
Soweit die Kläger in der Berufung ihren Vorschussanspruch hilfsweise auf Mehrkosten zur Beseitigung dieser Mangelercheinungen stützen, wird auf die noch folgenden Ausführungen zu c) verwiesen.	89
<u>Ziff. 8 Risse in Außenfensterbänken</u>	90
<u>Vorschussverlangen: nicht beziffert</u>	91
Es sind zwar Risse in Außenfensterbänken vorhanden; jedoch sind sie kein Mangel i.S. des § 633 Abs. 1 BGB. Die Risse, die auf das Alter der Fensterbänke zurückzuführen sind, stellen nur eine optische Beeinträchtigung dar. Ein von dem Beklagten zu beseitigender Mangel läge darin nur dann, wenn der Beklagte auch eine Sanierung der Fassade vorgenommen hätte. Dies war nicht der Fall; die Kläger durften auch nicht aufgrund der Beschreibung "komplett saniert" in dem Haus-Exposé davon ausgehen, auch die Fassade sei vollständig überarbeitet worden.	92
<u>Ziff. 9 nicht überlappendes Fugenblech an der Gebäudetrennfuge</u>	93
<u>Vorschussverlangen i.H.v. 880,-- DM = 449,94 €</u>	94
Das Blech, das hofseitig die Trennfuge zum Nachbargebäude verschließen soll, hat sich wellenförmig von der Fuge abgehoben, da es fehlerhaft auf beiden Seiten befestigt wurde, so dass ein Bewegungsausgleich nicht stattfinden kann.	95
	96

Die Kläger können für die Beseitigung den verlangten Betrag von **449,94 €** geltend machen. Der Sachverständige U hat zwar in seinem Gutachten vom 26.11.2004 (Seite 58) die Kosten mit nur 300,-- € zzgl. 10 % Regiekosten und 16 % MWSt, also insgesamt 382,80 €, angegeben. Jedoch ist er, wie er im Termin am 13.04.2005 erläutert hat, dabei davon ausgegangen, dass das zu erneuernde Blech mit Hilfe einer Leiter angebracht wird. Angesichts der Höhe der zu überdeckenden Fuge von über 10 m, wird aus Sicherheitsgründen aber der Einsatz eines Hubwagens mit Hebebühne erforderlich sein. Das verursacht nach den Ausführungen des Sachverständigen Mehrkosten von mindestens 200,-- €, so dass die Gesamtkosten den verlangten Vorschussbetrag übersteigen.

Ziff. 10 mangelhafte Abdeckung des Hausanschlussschachts 97

Vorschussverlangen i.H.v. 3.000,-- DM = 1.533,88 € 98

Dieser Mangel ist nicht gegeben. 99

Unstreitig sind während des Prozesses Arbeiten zur Verstärkung der Tragkonstruktion und der beiden Schachtdeckel ausgeführt worden. Der Sachverständige konnte danach einen Mangel nicht feststellen. Die Kläger wenden ein, die Verstärkung sei möglicherweise nicht ausreichend, weil die LKW eines Blumengroßhandels über den Schacht führen. Der bloße Verdacht genügt nicht zur Bejahung eines Mangels. Der Sachverständige hat zudem darauf hingewiesen, dass der Schacht so gelegen sei, dass ein regelmäßiges Überfahren durch LKW unwahrscheinlich sei. 100

Ziff. 11 Kleberspuren und Farbabtragungen auf dem Haustürblendrahmen 101

Vorschussverlangen i.H.v. 130,-- DM = 66,47 € € 102

Die Beweisaufnahme hat auch diesen Mangel nicht bestätigt. 103

Ziff. 12 fehlende Beschlagteile an der Haustür 104

Vorschussverlangen i.H.v. 100,-- DM = 51,13 € 105

Ebenso wenig haben die Kläger diesen Mangel bewiesen. Gegen die entsprechenden Feststellungen des Sachverständigen haben sie keine Einwände erhoben. 106

Ziff. 13 zu niedrige, nur eingeschränkt zu öffnende FH-Kellertür 107

erstinstanzlich Vorschussverlangen nicht beziffert; 108

in der Berufung i.H.v. mind. 2 x {700,-- € + 10 % Regiekosten 109

zzgl. 16 % MWSt} = 893,20 € = 1.786,40 € 110

Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ist die FH-Kellertür zwar nicht zu niedrig; jedoch liegt ein Mangel in der eingeschränkten Öffnungsmöglichkeit. Um die Tür ungehindert auf 90 ° öffnen zu können, ist es nötig, den dahinter befindlichen Hausanschlusskasten zu versetzen. Dies kostet voraussichtlich **893,20 €**. Die Einwände der Kläger gegen diese von dem Sachverständigen geschätzten Kosten sind nicht substantiiert. Auf Nachfrage im Termin hat der Sachverständige bestätigt, dass die von ihm zugrunde gelegten Material- und Lohnkosten für das Versetzen des Kastens um 15 cm auskömmlich seien. Es ist nicht ersichtlich, dass das bloße Versetzen des Kastens nicht möglich ist, 111

sondern zur Mängelbeseitigung weitere Maßnahmen nötig sind.

Ziff. 14 Putzausblühung am Fenster der Waschküche 112

Auf diesen Mangel wurde oben unter Ziff.6 eingegangen. 113

Ziff. 15 Diagonalrisse in den Trennwänden 114

zwischen den Kellern Nr. 2/6 und 2/4 115

Vorschussverlangen i.H.v. 300,-- DM = 153,39 € 116

Die Trennwand zwischen den Kellern Nr. 2 und 6 weist einen Diagonalriss auf, nicht aber die Trennwand zum Keller Nr. 4. Die Kläger können zur Beseitigung des vorhandenen Risses keinen Vorschuss verlangen. Es handelt sich um einen bei einem Altbau üblichen Setzungsrisse, der keine Funktionseinschränkung mit sich bringt. Angesichts dessen, dass es hier um rein funktionale Kellerräume geht, die auch nicht Gegenstand der erfolgten Sanierung waren, begründet die rein visuelle Beeinträchtigung keinen gewährleistungspflichtigen Mangel. 117

Ziff. 16 Feuchtigkeit an den Wänden des Trockenkellers 118

Auf diesen Mangel wurde oben unter Ziff.6 eingegangen. 119

Ziff. 17 unsauber gespachtelter Anschluss der Dachschräge 120

im Treppenhaus 121

Vorschussverlangen i.H.v. 500,-- DM = 255,65 € 122

Gestützt auf die Feststellungen des Sachverständigen U in dem Beweissicherungsgutachten vom 28.04.2004 (S. 23f., 30) und seine mündlichen Ausführungen vor dem Senat ist dieser Mangel zu bejahen. Auf der Höhe des Zwischenpodestes zum Dachgeschoss weist die Wandputzbeschichtung in Ermangelung von Bewegungsfugen unregelmäßige Absetzrisse auf. Damit ist eine hier nicht hinzunehmende optische Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums verbunden. 123

Der Vorschussanspruch der Kläger zu 1) bis 5) scheidet nicht etwa deswegen aus, weil der Beklagte das Dachgeschoss erst ausbaute, nachdem sie ihre Eigentumswohnungen erwarben. Wie der Sachverständige mündlich erklärt hat, sind die Risse nicht auf die Arbeiten beim Ausbau der Dachgeschosses, sondern auf die Altbausubstanz zurückzuführen. 124

Der Höhe nach beläuft sich der Vorschussanspruch auf **255,65 €**; - der Sachverständige hat insoweit mit 344,52 € höhere Beseitigungskosten ermittelt. 125

Ziff. 18 keine neuen Fenster außer in Wohnung Nr. 1 126

Vorschussverlangen i.H.v. 30.000,-- DM = 15.338,76 € 127

Die Beweisaufnahme hat den behaupteten Mangel im Wesentlichen bestätigt. Der Beklagte hatte die Wohnungen mit der Exposé-Angabe, alle Fenster seien neu, angeboten. Abgesehen von den - nicht streitgegenständlichen - Fenstern der Wohnungen Nr. 1 (Erdgeschoss links) und Nr. 7 (Dachgeschoss), stammen indes nur die hofseitigen Fenster der Wohnung Nr. 2 (Erdgeschoss rechts) aus der Zeit der Sanierung. Die übrigen Fenster 128

entsprechen nicht der vereinbarten Soll-Beschaffenheit, da sie erheblich älter sind. Sie weisen Herstellungsdaten aus 1984 auf; im Flur befinden sich noch alte Holzfenster mit einscheibiger Buntverglasung.

Der für diesen Mangel geltend gemachte Vorschussanspruch in Höhe von **15.338,76 €** ist in vollem Umfang begründet. Der Sachverständige U hat die Beseitigungskosten höher veranschlagt. Soweit er in seinem schriftlichen Gutachten vom 26.11.2004 die Aus- und Einbaukosten mit netto 7.150,-- € kalkuliert hatte und so unter Hinzurechnung der Kosten von Folgearbeiten an Putz und Innenwänden in Höhe von netto 1.740,-- €, unter Berücksichtigung von 10 % Regiekosten, einen Netto-Gesamtbetrag von 9.779,-- € errechnet hatte, hat er seine Berechnung auf Einwand der Kläger im Senatstermin korrigiert. Er hat danach die Aus- und Einbaukosten mit netto 10.860,-- € angegeben und die Korrektur plausibel damit begründet, dass er bei der ursprünglichen Schätzung die einzelnen Fenstergrößen unberücksichtigt gelassen habe. Gestützt auf die neue Kostenermittlung ergeben sich Nettokosten von {10.860,-- € + 1.740,-- € =} 12.600,-- €, zzgl. 10 % Regiekosten, d.h. 13.860,-- €. Zzgl. 16 % MWSt sind das 16.077,60 €.

Ziff. 19 Wohnung Nr. 4 130

(a) mangelhafter Putz der Schlafzimmerwand 131

(b) fleckige Küchentür 132

(c) klemmende Balkontür 133

(d) eindringende Feuchtigkeit an der Balkonecke 134

Vorschussverlangen i.H.v. {500,-- DM + 350,-- DM + 100,-- DM} 135

= 485,73 € 136

Diese Mängel in der Wohnung Nr. 4 haben die Kläger nicht bewiesen. Der Sachverständige U hat die Beanstandungen zu (a), (b) und (d) nicht als Mangel erkannt und hinsichtlich des Mangels zu (c) darauf hingewiesen, dass die Gängigkeit der Tür durch regelmäßige Wartung zu erreichen ist.

Ziff. 20 Wohnung Nr. 5 138

(a) feuchte Schlafzimmerdecke 139

(b) undichte Balkontür 140

Vorschussverlangen i.H.v. {300,-- DM + 100,-- DM } = 204,52 € 141

Für diese von den Klägern behaupteten Mängel gilt Entsprechendes; - der Sachverständige hat sie nicht bestätigt.

Ziff. 21 Wohnung Nr. 6 143

(a) Diagonalriss in der Giebelwand 144

(b) undicht eingeputzte Balkontür 145

(c) Feuchtigkeit an der Küchendecke 146

(d) schlecht verputzte Schlafzimmerwand	147
Vorschussverlangen i.H.v. {755,-- DM + 500,-- DM + 250,-- DM	148
+ 455,-- DM} = 1.002,13 €	149
zu (a) Der Diagonalriss in der Giebelwand ist vorhanden und stellt einen Mangel dar. Auf die Ausführungen zu Ziff. 17, die ähnliche Rissbildungen im Flur betreffen, wird verwiesen. Gegen die Geltendmachung des Vorschussanspruchs durch alle Kläger bestehen keine Bedenken, weil die Giebelwand Teil des Gemeinschaftseigentums ist und der Riss auch nicht etwa Folge des Dachbodenausbaus ist, sondern auf den Zustand der Altbausubstanz zurückzuführen ist. Das hat der Sachverständige bestätigt.	150
Der Höhe nach bemisst sich der Vorschussanspruch - gemäß den Ausführungen des Sachverständigen - auf 165,88 € .	151
zu (b) Für den zur Undichtigkeit führenden Setzriss im Bereich der Balkontür, dessen Vorhandensein der Sachverständige bestätigt hat, können die Kläger keinen weiteren Vorschuss verlangen. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen bringt die Erneuerung der Fenster - s. Ziff. 18 - ohnehin eine Bearbeitung der angrenzenden Putzflächen mit sich. Die unter Ziff. 18 veranschlagten Kosten der Fenstererneuerung erfassen auch diese Arbeiten, so dass darüber hinaus kein weiterer Anspruch besteht.	152
zu (c) Die Feuchtigkeit auf der Küchendecke ist nicht bewiesen.	153
zu (d) Wie bereits aufgeführt, geht es bei dieser Mängelrüge allein um das Sondereigentum der Klägerin zu 2) , welche daher insoweit allein aktivlegitimiert ist. Sie kann hierfür von dem Beklagten einen Vorschuss in Höhe von 63,80 € verlangen.	154
Der Putz der Schlafzimmerwand in der Wohnung Nr. 6 weist, wie der Sachverständige bestätigt hat, Wellen und Aufwerfungen auf, welche als gewährleistungspflichtiger Mangel anzusehen sind. Die Mängelbeseitigungskosten belaufen sich lediglich auf die bei einem turnusmäßigen Anstrich entstehenden Mehrkosten, welche mit 63,80 € zu beziffern sind. Der Senat folgt insoweit den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen U.	155
Nach den vorstehenden Ausführungen beläuft sich der - über den erstinstanzlich ausgeurteilten Anspruch hinausgehende - Vorschussanspruch der Kläger gemeinsam bislang auf 38.471,15 €:	156
Ziff. 1 2.449,92 €	157
Ziff. 2 -	158
Ziff. 3 und 4 18.406,51 €	159
Ziff. 5 511,29 €	160
Ziff 6, 7, 14 und 16 -	161
(mit Hauptvorbringen kein weiterer Anspruch als die	162
erstinstanzlich zuerkannten 8042,62 € geltend gemacht)	163
Ziff. 8 -	164

Ziff. 9 449,94 €	165
Ziff. 10, 11, 12 -	166
Ziff. 13 893,20 €	167
Ziff. 14 (s.o.) -	168
Ziff. 15 -	169
Ziff. 16 (s.o.) -	170
Ziff. 17 255,65 €	171
Ziff. 18 15.338,76 €	172
Ziff. 19, 20 -	173
Ziff. 21 <u>165,88 €</u>	174
insgesamt 38.471,15 €	175
<u>c) Hilfsweise geltend gemachte Beseitigungskosten:</u>	176
<u>vom Sachverständige ermittelte Mehrkosten zur Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden im Bereich von Waschküche und Trockenraum i.H.v. {18.437,04 € - 8.042,62 €} = 10.394,42 €</u>	177
<u>sowie Kosten zur Beseitigung des Feuchtigkeitsschadens im Keller Nr. 3 - Vorschussverlangen i.H.v. 5.000,-- €</u>	178
Gegen die in der Berufung erfolgte "Auffüllung der Klageforderung" mit den von dem Sachverständigen - über den erstinstanzlich zuerkannten Beseitigungsbetrag hinaus - bezifferten Kosten zur Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden in den Kellerräumen bestehen keine prozessualen Bedenken. Darin liegt kein versteckter Hilfsantrag, mit dem ein anderer Anspruch Hilfsweise geltend gemacht wird. Es geht um ein- und denselben Anspruch, der, gestützt auf das Hilfsvorbringen, lediglich anders berechnet wird.	179
Unter Berücksichtigung dieses Hilfsvorbringens können die Kläger den in der Berufung noch verfolgten Vorschussanspruch (ohne den erstinstanzlich zuerkannten Betrag) in voller Höhe geltend machen.	180
Über die bereits festgestellten Ansprüche in Höhe von 38.471,15 € zzgl. weiterer 63,80 € hinaus, steht den Klägern zu 1) bis 6) ein weiterer Vorschussanspruch zu, der die Differenz von 10.738,25 € erreicht.	181
Die Beseitigung der oben bezeichneten Mängel zu Ziff. 6, 7, 14 und 16, die ineinander greifen, wird - über den Betrag von 8.042,62 € hinaus, voraussichtlich weitere 10.394,42 € kosten.	182
Nach den Feststellungen des Landgerichts sowie der ergänzenden Beweisaufnahme durch den Senat sind die zu Ziff. 6, 7, 14 und 16 geltend gemachten Mängel vorhanden. Die Abdichtung der Kelleraußenwände auf der Zufahrts- und der Hofseite sowie der dortige Anschluss der Pflasterung weisen Mängel auf, die zum Feuchtigkeitseintritt in den Kellerräumen geführt haben. Es fehlt ein wirksamer vertikaler Feuchteschutz, die Pflasterung	183

ist fachwidrig hoch an das Gebäude herangeführt. Der Feuchtigkeitseintritt führte zu den Putzausblühungen in der Waschküche und den entsprechenden Feuchtigkeiterscheinungen an den Wänden des Trockenraums. Außerdem ist das Fehlen eines Sockelputzes vor dem Waschküchenfenster als Mangel anzusehen.

Die Kosten zur Beseitigung der Mangelursachen und der Folgeerscheinungen belaufen sich auf 15.260,96 € für die Pflaster- und Abdichtungsmaßnahmen (s. Seite 17 des Sachverständigengutachtens vom 11.02.2002), auf 3.022,96 € für die im Keller nötigen Wand- und Bodenarbeiten (s. Seite 5 des Sachverständigengutachtens vom 21.10.2002) und weitere 153,12 € für die Nacharbeit am Sockelputz (s. Seite 58f. des Sachverständigengutachtens vom 26.11.2004). Erhebliche Einwände gegen diese Kostenschätzung sind von den Parteien nicht erhoben worden. 184

Nach Abzug des nicht berufsgegenständlichen Zahlungsbetrags von 8.042,62 € verbleibt ein Anspruch in Höhe von **10.394,42 €**. 185

Hinzu kommt ein Vorschussanspruch zur Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden in dem Keller Nr. 3. Auch diese Feuchtigkeiterscheinungen, die an einer Außenwand und damit am Gemeinschaftseigentum aufgetreten sind, hat der Sachverständige bestätigt. Auch an dieser Stelle der Kellerabdichtung fehlt der vertikale Feuchteschutz. Die Beseitigungskosten hat der Sachverständige mit insgesamt 3.898,18 € beziffert. Sie übersteigen damit den noch verbleibenden Differenzbetrag von {49.273,20 € - 38.471,15 € - 63,80 € - 10.394,42 € = } **343,83 €**. 186

d) Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Der Vorschussanspruch ist ab dem Tag nach Eintritt der Rechtshängigkeit - die Klage ist am 06.06.2001 zugestellt worden -, d.h. ab dem 07.06.2001, zu verzinsen. Der Höhe nach beläuft sich der Anspruch auf 5 %Punkte über dem Basiszinssatz. Ein Rechtsgrund für das Verlangen eines höheren Zinssatzes ist nicht dargetan. 187

e) Durch die am 12.05.2003. erfolgte Zahlung des Beklagten ist der Rechtsstreit insoweit - es geht um den Vorschussanspruch in Höhe von 8.042,62 € nebst Zinsen - in der Hauptsache erledigt. 188

Nicht nur den Klägern zu 1) und 2), denen das Landgericht den Vorschussanspruch betreffend die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden in Waschküche und Trockenraum zuerkannt hat, stand ursprünglich dieser Zahlungsanspruch zu. Auch die übrigen Kläger waren insoweit aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. aktivlegitimiert. Auf die obigen Ausführungen zur Anwendbarkeit des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts und zu dem Recht jedes Wohnungseigentümers zur Geltendmachung von Vorschussansprüchen zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum wird verwiesen. 189

Erst mit der Zahlung des Vorschussbetrags hat die Klage hinsichtlich dieses Vorschussanspruchs der Kläger zu 3) bis 6) ihre Erfolgsaussicht verloren. 190

2. Der andere Feststellungsantrag hinsichtlich der weitergehenden Kostenerstattungspflicht des Beklagten ist zulässig und überwiegend begründet. 191

Gegen die Erweiterung der Klage in der Berufungsinstanz bestehen keine prozessrechtlichen Bedenken nach § 533 ZPO. 192

Es besteht auch ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO, neben der bezifferten Vorschussklage die Feststellung der Erstattungspflicht hinsichtlich der weitergehenden Mängelbeseitigungskosten zu verlangen (vgl. BGH BauR 1986, 345ff.; BauR 1989, 81ff.).

Der Feststellungsantrag ist begründet, soweit die Beweisaufnahme das Vorliegen von gewährleistungspflichtigen Mängeln bestätigt hat. Insoweit ergibt sich die Zahlungspflicht des Beklagten - entsprechend den obigen Ausführungen - aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. Das betrifft sämtliche in dem Antrag genannten Mängel mit Ausnahme von (8). Die Risse in den Außenfensterbänken stellen keinen Mangel dar, für den der Beklagte einzustehen hat. Klarstellend wird auf Folgendes hingewiesen: 194

Zu (7): Es geht um den oben erörterten Mangel zu Ziff. 7.- Der Sockelputz fehlt nur auf der Hofseite und ist nur dort anzubringen. 195

Zu (11): Die Putzschäden in der Waschküche sind Folgeerscheinung des bereits beschriebenen Feuchtigkeitseintritts, gehören also zu dem unter (1) bezeichneten Mangel. Auf die obigen Ausführungen zu Ziff. 6, 7, 14, 16 wird verwiesen. 196

Zu (12): Es geht um den oben unter Ziff. 18 erörterten Mangel. Abgesehen von den Fenstern der Wohnungen Nr. 1 und 7 bedürfen auch die hofseitigen Fenster der Wohnung Nr. 2 nicht der Erneuerung. 197

III. 198

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Das Unterliegen der Kläger war geringfügig und hat keine besonderen Kosten verursacht. 199

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO. 200

Die Revision war nicht zuzulassen. 201

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 543 Nr. 1 ZPO. Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Nr. 2 ZPO. 202